

LAUDO ARBITRAL

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR HERMANOS CONTRATISTAS SERVICIOS S.R.L. – HERCO S.R.L., CONTRA SEGURO SOCIAL DE ESSALUD – RED ASISTENCIAL HUANUCO; SOBRE APROBACIÓN DE CONFORMIDAD, PENALIDADES, DEDUCCIÓN DE PARTIDAS NO EJECUTADAS, INTERESES LEGALES, INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS, ANTE EL ARBITRO ÚNICO ABOGADO LUIS ALBERTO ANGULO BUDGE (EXPEDIENTE N° N° S-071-2018/SNA).

Resolución N° 15

Lima, 21 de diciembre de 2021

Contenido

- I.- CONVENIO ARBITRAL
 - II.- DESIGNACION DEL ARBITRO UNICO
 - III.- AUDIENCIA DE INSTALACIÓN
 - IV.- PRETENSIONES DE LAS PARTES
 - V.- PRE-LAUDO, EXCEPCIONES DE CADUCIDAD E INCOMPETENCIA FORMULADAS POR HERCO
 - VI.- SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y SANEAMIENTO PROBATORIO
 - VII.- ALEGATOS ESCRITOS E INFORMES ORALES
 - VIII.- PLAZO PARA LAUDAR
 - IX.- CONSIDERENDOS
 - A) Solución de controversias
 - B) Solución de controversias en el Acta de Compromiso de las Partes
 - C) Acta de Conformidad
 - D) Suma alzada
 - E) Penalidades
 - F) Interés legal
 - X.- COSTAS
- Epilogo
FALLO

VISTOS

I.- CONVENIO ARBITRAL

- 1.1. Con fecha 10 de agosto de 2015, se adjudicó a la empresa HERMANOS CONTRATISTAS SERVICIOS S.R.L. – HERCO S.R.L. (en adelante HERCO) por el SEGURO SOCIAL DE ESSALUD – RED ASISTENCIAL HUANUCO, (en adelante ESSALUD) mediante la ORDEN DE COMPRA N° 452415567, de fecha 7 de agosto de 2015, para servicio de “Mantenimiento de la Infraestructura – Cambio de piso

cerámico de los pasillos internos de los consultorios externos 1er y 2do piso y laboratorio del Hospital II de Huánuco – Red Asistencial Huánuco”, derivado de la ADJUDICACION DE MENOR CUANTÍA N° 1529M00361 convocada por ESSALUD (en adelante EL CONTRATO).

- 1.2. En armonía con del tercer párrafo del artículo 216 del Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, si el contrato no incorpora un convenio arbitral, se considerará incorporado de pleno derecho el siguiente texto, que remite a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje - OSCE, cuya cláusula tipo es: “Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OCSE y de acuerdo con su Reglamento.”

II.- DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO UNICO

- 2.1. Mediante Resolución N° 055-2019-OSCE/DAR, de fecha 22 de marzo de 2019, se designó como Árbitro Único a quien expide este Laudo, abogado Luis Alberto Angulo Budge.
- 2.2. De acuerdo a lo dispuesto por el numeral 8.3 de la Directiva N° 024-2016-OSCE/CD⁽¹⁾ (en adelante LA DIRECTIVA), el arbitraje se inicia con la demanda, por lo que la fecha de inicio del presente arbitraje es el 23 de abril de 2018.

III.- AUDIENCIA DE INSTALACIÓN

- 3.1. Mediante Audiencia de Instalación del Árbitro Único (Expediente N° N° S-071-2018/SNA), de fecha 14 de agosto de 2019, el Árbitro Único se ratificó en la aceptación del cargo y el representante de ESSALUD señor Jorge Giancarlo

¹ Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo de OSCE, aprobada mediante Resolución N° 275-2016-OSCE/PRE de fecha 22 de junio de 2016.

Dionicio Bazán manifestó su aprobación con el procedimiento de designación del Árbitro Único y expresó que no conocían causal de recusación contra el mismo.

- 3.2. En el Acta se dejó expresa constancia de la inasistencia del representante de HERCO, a pesar que fue debidamente notificada, conforme consta del cargo de notificación que obra en los autos arbitrales.
- 3.3. En el Acta de Instalación se estableció que en aplicación del artículo 216 del Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, el arbitraje es Institucional, Nacional y de derecho y que se regirá, por LA DIRECTIVA⁽²⁾ y por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, modificado por Ley N° 29873 (en adelante LCE) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante RLCE).

IV.- PRETENSIONES DE LAS PARTES

4.1. DEMANDA DE HERCO Y MEDIOS PROBATORIOS

- 4.1.1. Mediante escrito de fecha 23 de abril de 2018, HERCO presentó su demanda.
- 4.1.1.1. Primera pretensión principal: Se dé por aprobada la conformidad del servicio a 100% sin observaciones y se ordene a ESSALUD a pagar la suma de S/. 32,373.68, correspondiente al monto total de EL CONTRATO.
- 4.1.1.2. Primera pretensión subordinada de la primera pretensión principal: Que en el supuesto negado se determine no ha lugar a la primera pretensión de la demanda, se deje sin efecto la penalidad por retraso de S/. 3,237.36 ascendente al 10% del monto de EL CONTRATO.
- 4.1.1.3. Segunda pretensión principal: Se deje sin efecto el saldo deductivo ascendente a S/. 2,849.86, correspondiente a deducción de partidas no ejecutadas, toda vez que se trata de una prestación de servicios bajo el sistema de contratación de suma alzada.

² Por lo no regulado por LA DIRECTIVA, el arbitraje se regirá por el Decreto Legislativo N° 1971, que norma el Arbitraje, modificado por la Ley N° 29873.

- 4.1.1.4. Tercera pretensión principal: Se ordene el pago de intereses legales de S/. 1,788.84 por retrasos en los pagos.
- 4.1.1.5. Cuarta pretensión principal: Se ordene a ESSALUD el pago de una indemnización por daños y perjuicios por retrasos en el pago, por la suma de S/. 20,000.00.
- 4.1.1.6. Quinta pretensión principal: Que ESSALUD asuma las costas y costos del arbitraje.
- 4.1.2. HERCO, “vía antecedentes relevantes”, comienza haciendo referencia a las dificultades que tuvo para el cumplimiento de EL CONTRATO, por causas ajenas a su voluntad y hace referencia a su Carta N° 168-2015-HERCOSRL-RL., de 9 de septiembre de 2015, y Carta N° 176-2015-HERCOSRL-RL. de 11 de septiembre de 2015, donde solicita ampliación de plazo para el cumplimiento de EL CONTRATO.
- 4.1.3. HERCO, afirma “(...) Ninguna de las ampliaciones de plazo solicitadas por nuestra representada fue atendida ni siquiera de manera extemporánea, entendiéndose que había operado el silencio administrativo positivo (...)”.
- 4.1.4. Señala HERCO, “(...) Con fecha 14 de septiembre, se nos notifica por vía notarial la Carta 447-OA-D-RAHU-ESSALUD-2015, de resolución del contrato y la imposición de una penalidad superior a la establecida por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento (...)”.
- 4.1.5. HERCO, continúa, señalando que “(...) en mérito de la resolución del contrato, nuestra representada a través del Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio e Industrial de Huánuco presentó una propuesta conciliatoria (...) a fin de que se deje sin efecto la Carta 447-OA-D-RAHU-ESSALUD-2015 (...) solicitándose además que se nos otorgue un plazo para la culminación de los trabajos faltantes y subsanación de observaciones presentadas en el Acta de Supervisión (...)”.
- 4.1.6. Sucedió los hechos señalados, HERCO alude al Acta suscrita entre las partes con fecha 6 de noviembre de 2015, a través de la cual se convino, entre otras cosas, reiniciar y continuar, por parte de HERCO los trabajos, objeto de EL CONTRATO.
- 4.1.7. Estando a lo cual, dice HERCO, que “(...) el 07 de diciembre de 2015 solicitamos la recepción y conformidad del servicio, sin embargo, con fecha 14 de diciembre de 2015 la supervisión levanta un acta de observaciones, que fueron subsanadas

LUIS A. ANGULO BUDGE
Abogado
C.O.P. 6298

mediante carta N° 2-2016-HERCOSRL-RL de fecha 06 de enero de 2016 con la cual informamos que se había cumplido con levantar las observaciones presentadas por el pareo usuaria y, por ende, se solicitó la recepción y conformidad del servicio nuevamente (...).

- 4.1.8. Para terminar con esta parte, HERCO concreta que la fecha de término “(...) fue el 07 de enero de 2016, sin embargo, la Entidad recién no da la conformidad el 25 de marzo de 2016 y posteriormente alega que existe un mal estado de conservación (..) al haber realizado la solicitud de entrega formal, la Entidad asume la responsabilidad del mantenimiento de la misma (...) al estar dentro de sus instalaciones y no está dentro de nuestra esfera de control poder mantener el cuidado de la misma (...), ESSALUD “(...) demoró dos meses y 18 días para la recepción de los trabajos, y los deterioros que se puedan haber ocasionado en el transcurso después de vencido el plazo para la recepción (dos días) son de absoluta responsabilidad de la Entidad (...)”.
- 4.1.9. A fin de fundamentar sus pretensiones, HERCO bajo el epígrafe “fundamentos de hechos”, desarrolla lo siguiente: “(...) Se dé por aprobada la conformidad del servicio a 100% sin observaciones y se ordene a ESSALUD a pagar la suma de S/. 32,373.68, correspondiente al monto total de EL CONTRATO (...)”. Respecto a esta Primera pretensión principal, aduce su “(...) imposibilidad de realizar los trabajos dentro del cronograma establecido impidieron que pudiéramos concluir dentro del plazo establecido, la Entidad nunca nos entregó el área de trabajo libre para que nosotros pudiéramos ejecutar, es por ello que tampoco nos solicitaron un cronograma de trabajo actualizado por el retraso en la ejecución de la misma, cuya responsabilidad es atribuible a la Entidad (...)”; fundamentado legalmente lo dicho en la LCE y en los artículos 176 y 181 del RLCE.
- 4.1.10. Interpretando las normas de los artículos citados, HERCO aduce “(...) la finalidad de establecer un plazo máximo para que las Entidades otorguen la conformidad de la prestación al contratista es asegurar que ésta obtenga un pronunciamiento oportuno de la Entidad sobre el cumplimiento de la prestación o prestaciones a su cargo en las condiciones pactadas, de tal manera que tiene derecho al pago respectivo (...)”.
- 4.1.11. HERCO concluye “(...) el pago sólo resulta procedente después de otorgada la conformidad de la prestación al contratista; es decir, el pago está sujeto a que la Entidad otorgue la referida conformidad (...)”.

LUIS A. ANGULO BUDGE
Abogado Titular
CAL 8298

LUIS A. ANGULO BUDGE
Abogado-Arbitro
C.A.L. 8289

- 4.1.12. HERCO fundamentando sus pretensiones, respecto a su Primera pretensión subordinada de la primera pretensión principal: Que en el supuesto negado se determine no ha lugar a la primera pretensión de la demanda, se deje sin efecto la penalidad por retraso de S/. 3,237.36 ascendente al 10% del monto de EL CONTRATO; manifiesta "(...) La norma establece claramente que, si los bienes y/o servicios no reúnen cabalmente las condiciones pactadas, se considerará como no ejecutada la prestación y se aplicará las penalidades que correspondan, sin embargo, la Entidad si ha dado la conformidad de nuestra pretensión, por tanto no corresponde aplicar penalidades, más aún cuando esta penalidad se pretende aplicar por la demora en el levantamiento de observaciones (...)".
- 4.1.13. HERCO interpreta que, si ESSALUD otorgó el plazo para subsanar observaciones, dicho plazo no está sujeto a penalidades por incumplimiento; lo que ampara en los artículos 169 y 176 del RLCE, en la Opinión 027-2010/DTN.
- 4.1.14. Con respecto a la Segunda pretensión principal: Se deje sin efecto el saldo deductivo ascendente a S/. 2,849.86, correspondiente a deducción de partidas no ejecutadas, toda vez que se trata de una prestación de servicios bajo el sistema de contratación de suma alzada. Sobre el particular HERCO afirma "(...) El primer párrafo del numeral 1) del artículo 40 del anterior Reglamento establecía que el sistema de suma alzada se aplica "cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas. El postor formulará su propuesta por el monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución" (...)".
- 4.1.15. Afirma HERCO "(...) El sistema de suma alzada, (...) El postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución (...)". Aludiendo al primer párrafo del artículo 142 del RLCE, HERCO continúa afirmando "(...) el postor se obliga a ejecutar el íntegro de los trabajos necesarios para la ejecución de las prestaciones requeridas por la Entidad, en el plazo y por el monto ofertados en sus propuestas técnica y económica, respectivamente, que son parte del contrato (...)"; "(...) a su vez, la Entidad se obliga a pagar al contratista el monto o precio ofertado en su propuesta económica. De ello se desprende, como regla general, la invariabilidad del precio pactado en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada (...)".

- 4.1.16. En cuanto a procedimiento HERCO señala “(...) de manera excepcional, una Entidad puede modificar el precio de un contrato de obra ejecutado bajo el sistema a suma alzada al ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales de obra o su reducción, siempre que estas resulten necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, de conformidad con el artículo 41 de la Ley, y para autorizar un adicional p deductivo debe seguir un procedimiento administrativo que concluye con una relación que autoriza el adicional deductivo (...)”.
- 4.1.17. Sobre el tema y aludiendo la Opinión N° 008-2012/DTN., HERCO destaca “(...) No sucede lo mismo con la mayor ejecución de metrados, ya que en estos supuestos la liquidación final de la obra se realiza teniendo en cuenta únicamente los metrados contratados, de tal forma que el costo de la ejecución de mayores metrados es asumido por el contratista y, en consecuencia, la Entidad no debe efectuar pago adicional alguno, bajo el mismo criterio, el costo de la ejecución de menores metrados es asumido por la Entidad, dado que esta se encuentra obligada a pagar el íntegro del precio ofertado por el contratista en su oferta, atendiendo a la naturaleza del sistema a suma alzada y a que la liquidación final de obra se realiza teniendo en cuenta los metrados contratados. (...)”.
- 4.1.18. Concluye HERCO “(...) Estos conceptos no son aplicables solo a las obras, sino también a los servicios, pues se trata del sistema de contratación a suma alzada ya sea para bienes, servicios u obras, por tanto, no es factible deducir un deductivo por menores metros (...)”.
- 4.1.19. Respecto a la Tercera pretensión principal: Se ordene el pago de intereses legales de S/. 1,788.84 por retrasos en los pagos. HERCO la fundamenta en el primer párrafo del artículo 48 de la LCE y añade “(...) En esa medida, al no otorgar la conformidad de la prestación al contratista o hacerlo fuera del plazo máximo previsto en el artículo 176 del Reglamento, además de generar consecuencias legales, también podría generar retrasos en el pago al contratista y, en consecuencia, controversias sobre la procedencia sobre la procedencia de reconocer intereses legales (...)”. HERCO encuentra el amparo legal señalando “(...) La tasa de interés legal es fijada por el BCRP (Artículos 1242, 1243, 1244 y 1245 del Código Civil y Artículos 51 y 52 de la Ley Orgánica del BCRP) y se aplica cuando exista la obligación de pagar intereses y no se hubiera pactado tasa (...)”.

LUIS A. ANGULO BUDGE
Abogado - Arzobispo
C.A.L. 6288

4.1.19. Continuando con la fundamentación de sus pretensiones y respecto a Cuarta pretensión principal: Se ordene a ESSALUD el pago de una indemnización por daños y perjuicios por retrasos en el pago, por la suma de S/. 20,000.00., afirma HERCO que “(...) estos daños hemos incurrido en diversos costos para requerir los pagos a la Entidad, así como hemos dejado de percibir la suma total del contrato, debiendo haber pagado nuestra empresa al personal que laboró para la ejecución del servicio, así como también irrogaron gastos para la compra de los materiales que se utilizaron y nuestra pequeña empresa dejó de percibir ingresos durante estos años porque el único capital de tuvimos lo invertimos en el pago de trabajadores y compra de materiales para cumplir con nuestras obligaciones contractuales con la expectativa de recibir la pronta contraprestación, sin embargo, hasta el día de hoy no hemos podido cobrar por los servicios brindados ocasionándonos un gran perjuicio económico en nuestra condición de pequeña empresa (...)”.

4.1.20. Respecto a costas y costos HERCO requiere que ESSALUD “(...) asuma las costas y costos (...)” del arbitraje “(...) en vista de que esta controversia se ha originado por exclusiva y absoluta responsabilidad de ellos, al no cumplir con su obligación de pagar por las prestaciones brindadas por nuestra representada (...)”.

4.1.21. **Medios probatorios presentados por HERCO**

4.1.21.1. En calidad de medios probatorios, HERCO ofreció las pruebas señaladas en el apartado VI, titulado “MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS DE LA DEMANDA ARBITRAL”, de su escrito de demanda.

4.2. **CONTESTACION DE LA DEMANDA POR PARTE DE ESSALUD Y MEDIOS PROBATORIOS**

4.2.1. Mediante escrito de fecha 20 de septiembre de 2018, solicitando que se le declare “(...) infundada la demanda en su oportunidad y fundada la reconvención (...) con condena al pago de costas y costos (...)”.

4.2.2. Como antecedentes, ESSALUD confirma lo dicho por HERCO en su escrito de demanda:

LUIS A. ANGULO BUDGE
Abogado-Artista
CAL 6298

- De acuerdo a las bases y el cronograma, ESSALUD le otorga a HERCO con fecha 17 de julio de 2015 cuya propuesta económica fue de S/ 32,373.68, consentida el 31 de julio de 2015.
 - Mediante carta de fecha 5 de agosto de 2015 HERCO solicita emisión de Orden de Compra.
 - Se emite Orden de Compra N° 4502415567: “Mantenimiento de la Infraestructura – Cambio de piso cerámico de los pasillos internos de los consultorios externos 1er y 2do piso y laboratorio del Hospital II de Huánuco – Red Asistencial Huánuco”, plazo entre 10 de agosto de 2015 hasta el 28 de agosto de 2015.
 - Carta 142-2015-HERCOSRL-RL de fecha 28 de agosto de 2015, a través de la cual HERCO una ampliación de plazo de 4 días.
 - Carta 687-2015-UAIHYS-OA-D-RAHU-EDDALUD de fecha 2 de septiembre de 2015, por la que se comunica la improcedencia de la ampliación de plazo.
 - El Acta de Supervisión de fecha 9 de septiembre de 2015.
 - La invitación a conciliar por HERCO., de 28 de septiembre de 2015, ante la Cámara de Comercio e Industrias Huánuco - CCIHco.
- 4.2.3. Habiendo sido resuelto, unilateralmente, EL CONTRATO, por parte de ESSALUD comunicado mediante carta 447--2015-UAIHYS-OA-D-RAHU-EDDALUD, señala ESSALUD que “(...) con fecha 04.11.2015, se firmó un Acta de Compromiso, fuera del procedimiento conciliatorio, donde las partes se comprometían en concluir los trabajos en un plazo no mayor de 10 días calendarios, fijándose la fecha de culminación el 15 de noviembre de 2015 (...)”.
- 4.2.4. Respecto al Acta de Compromiso mencionada en párrafo anterior, ESSALUD, en su recurso de contestación de la demanda y sin perjuicio de ella, procede a reconvenir la demanda, solicitando que se declare fundadas las siguientes pretensiones:
- 4.2.4.1. Primera pretensión principal. “Que se declare la invalidez y/o ineficacia y se deje sin efecto legal el Acta de Compromiso, de fecha 04 de noviembre de 2015”.
- 4.2.4.2. Segunda pretensión principal. “Que se declare el consentimiento de la Resolución de Contrato materializado en la Orden de Compra N° 4502415567, por acumulación de penalidades, efectuada por la Entidad, mediante Carta Notarial N° 447-OA-D-RAHU-ESSALUD-2015 de fecha 10.09.2015”.

LUIS A. ANGULO BUDGE
Abogado
C.A.L. 8298

- 4.2.4.3. Pretensión Subordinada a la Segunda pretensión principal. “Que, de declararse infundada nuestra Segunda Pretensión Principal, se declare que la empresa HERMANOS CONTRATISTAS SERVICIOS GENERALES S.R.L., no ha concluido con el 8.72%” de sus prestaciones derivadas del Contrato, materializado en la Orden de Compra N° 4502415567, valorizado en la suma de S/. 2,849.85.
- 4.2.5. ESSALUD a fin de fundamentar su posición frente a las pretensiones de HERCO, bajo el epígrafe “respecto a las pretensiones del demandante”, desarrolla lo siguiente: Sobre la primera pretensión principal de la demanda, alude a la OPINION N° 011-2014/DTN, al artículo 175 del RLCE y al artículo 1315 del Código Civil y añade que por lo expuesto “(...) la solicitud de ampliación de plazo es improcedente por carecer de justificación y que el hecho o evento extraordinario consignado no impedía la ejecución de la obligación (...)”.
- 4.2.6. ESSALUD, respecto a la misma pretensión de HERCO, hace referencia al Acta de Supervisión de 9 de septiembre de 2015, en la que consta que se verificó si se venía cumpliendo con el cumplimiento de EL CONTRATO, afirmando haber encontrado diversas observaciones, pues HERCO “(...) no sólo incumplió en la ejecución del servicio de acuerdo a los términos de referencia de las bases del proceso de selección N° 1529M00361, sino que dicho incumplimiento ha generado penalidades (...)” y en tal sentido glosa el texto del párrafo primero del artículo 165 del RLCE.
- 4.2.7. Debido a los incumplimientos mencionados, ESSALUD, a través de la Oficina Administrativa de la Red Asistencial Huánuco “(...) determina resolver el Contrato materializado en la Orden de Compra N° 4502415567, por acumulación de penalidades, efectuada por la Entidad, mediante Carta Notarial N° 447-OA-D-RAHU-ESSALUD-2015 de fecha 10.09.2015, de fecha 10.09.2015 (...)”
- 4.2.8. Haciendo referencia a la OPINION N° 093-2014/DTN., ESSALUD justifica legalmente la resolución del contrato, sin el requerimiento previo de cumplimiento de la obligación y concluye haciendo referencia al Acta de Compromiso de fecha 04 de noviembre de 2015 y sin perjuicio de ello, se declare “(...) infundada la presente pretensión y, en consecuencia, no dar por aprobada la conformidad del servicio al 100%. (...)”.
- 4.2.9. ESSALUD a fin de fundamentar su posición frente a las pretensiones de HERCO, sobre la primera pretensión subordinada de la primera pretensión principal de la

demanda, alude “(...) en mérito a los fundamentos 1.1 al 1.14 del presente escrito, la penalidad ascendente al 10% del contrato, han sido, correctamente, aplicadas al Contratista (...); concluyendo que “(...) se debe declarar infundada la presente pretensión y, por lo tanto, no ordenar a la ENTIDAD devolver la suma de S/. 3,237.36 (...)”.

- 4.2.10. ESSALUD a fin de fundamentar su posición frente a las pretensiones de HERCO, sobre la segunda pretensión principal de la demanda, aduce “(...) en mérito a los fundamentos 1.1 al 1.14 del presente escrito, se puede determinar que no existe la obligación de cancelar al Contratista, un monto por intereses legales (...); concluyendo que “(...) se debe declarar infundada la presente pretensión y, por lo tanto, no ordenar el pago de intereses legales por la suma de S/. 1,788.84 (...)”.

LUIS A. ANGULO BUDGE
Abogado-Abogado
C.A.L. 6299

4.2.5. **Medios probatorios presentados por ESSALUD**

- 4.2.8.1. En calidad de medios probatorios, ESSALUD ofreció las pruebas documentales señaladas en el epígrafe V titulado “MEDIOS PROBATORIOS” de su escrito de Contestación a la Demanda.

V.- PRE-LAUDO - EXCEPCIONES DE CADUCIDAD E INCOMPETENCIA FORMULADA POR HARCO.

- 5.1. Como consta en la Resolución N° 09 de fecha 23 de junio de 2021, ESSALUD en su escrito de contestación de la demanda de fecha 20 de septiembre de 2018, reconviene, requiriendo, (1) “(...) Que se declare la invalidez y/o ineficacia y se deje sin efecto legal el Acta de Compromiso, de fecha 4 de noviembre de 2015 (...)” y (2) “(...) Que se declare el consentimiento de Resolución del Contrato materializado en la Orden de Compra N° 45024155867, por acumulación de penalidades, efectuada por la entidad, mediante carta notarial N° 447-OA-D-RAHUESSAÑUD-2015 (...)”.
- 5.2. Afirma ESSALUD que “(...) el acta no pertenece al procedimiento conciliatorio (...)”, que habiéndose suscrito de “(...) manera independiente al procedimiento conciliatorio (...)” “(...) lo que le quita las condiciones para surtir efectos legales (...)”, por lo que “(...) debe dejarse sin efecto (...)”.

5.3. Como consecuencia de lo pretendido por ESSALUD, HERCO en su recurso de fecha 26 de noviembre de 2018, lo objeta, planteando (1) una excepción de caducidad por considerar que ESSALUD pretende someter a arbitraje, fuera de plazo ⁽³⁾, la validez o eficacia de la carta notarial N° 447-OA-D-RAHUESSAÑUD-2015, de fecha 10 de septiembre de 2015, que resuelve el contrato y del acta de compromiso fecha 4 de noviembre de 2015.(2) una excepción de incompetencia, aduciendo que con respecto a los documentos mencionados no solo ha operado la caducidad, sino además “(..) el Arbitro Único no tendría competencia para conocer las pretensiones de la reconvención planteada por la entidad (...)”.

5.4. Ante esta situación, se procedió a resolver la excepción de caducidad e incompetencia formulada por HARCO, mediante un pre-laudo, contenido en la Resolución N° 09 de fecha 23 de junio de 2021, CONSIDERANDO:

5.4.1. La resolución del contrato, en principio, es un acto formal, donde basta que una de las partes estime que la otra no ha cumplido con su obligación contractual esencial, para que, previo requerimiento –por carta notarial-, se dé cumplimiento, dentro de un plazo, y en su defecto se proceda -vía notarial- a la resolución contractual-.

5.4.2. Pero la propia norma del artículo 169 del RLCE. ⁽⁴⁾, establece excepciones al requerimiento previo “(...) cuando se ha aplicado el máximo de penalidades (...)”, en este caso, bastará “(...) comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato (...)”.

5.4.3. Está probado que con fecha 10 de septiembre de 2015, mediante carta notarial N° 447-OA-D-RAHUESSAÑUD-2015, la ESSALUD resolvió el contrato, formalizado “(...) vía Orden de Compra N° 4502415567 al haber acumulado el monto máximo de penalidad de acuerdo al artículo 169 del RLCE (...)”.

5.4.4. Por declaración de las partes, con fecha 28 de septiembre de 2015, HERCO invitó a ESSALUD a conciliar en la Cámara de Comercio e Industria de Huánuco.

5.4.5. Fue materia de la mencionada conciliación frustrada (1) “(...) dejar sin efecto la carta notarial N° 447-OA-D-RAHUESSAÑUD-2015 (...)”; (2) “(...) un nuevo plazo para culminar los trabajos (...)”; (3) “(...) contraprestación de los trabajos que ha realizado hasta el monto (...)”.

³ art. 170 RLCE

⁴ Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias.

LUIS A. ANGULO BUDGE
Abogado-Arbitro
CUL 6298

- 5.4.6. Está probado que con fecha 4 de noviembre de 2015, estando en proceso la Conciliación, y fuera de ésta, se firmó –por ESSALUD y HERCO-, un Acta de Compromiso, en la que consta el acto por el que las partes se comprometen, entre otros acuerdos a:
- “(...) La ENTIDAD, retrotrae la Carta Notarial N° 447-OA-D-RAHUESSAÑUD-2015, de fecha 10 de septiembre de 2015, dejando sin efecto lo plasmado en dicho documento (...).”
 - “(...) La ENTIDAD, deja sin efecto la aplicación de penalidades determinada en la Carta Notarial N° 447-OA-D-RAHUESSAÑUD-2015 (...).”
 - “(...) El CONTRATISTA hará llegar el documento de desistimiento conciliatorio iniciado ante la Cámara de Comercio Huánuco, a fin de dejar sin efecto el pedido (...).”
- 5.4.7. Habiéndose planteado la resolución del contrato con fecha 10 de septiembre de 2015, de no haberse invitado a conciliación con fecha 28 de septiembre de 2015, el 31 de septiembre de 2015, se hubiera producido el consentimiento.
- 5.4.8. Se trata de una resolución contractual revocada -por acuerdo válido de las partes- antes de quedar consentía o ejecutoriada.
- 5.4.9. Consentimiento que hubiera originado, no sólo los efectos propios de la resolución contractual, sino, además, que la parte que lo ha originado, con su incumplimiento, por omisión, acepta la decisión y los motivos esgrimidos, teniéndolos como válidos y ciertos. Desde ese momento, toda actuación de las partes –o de terceros, incluido árbitros, en contra –o a favor-, de ese “acto jurídico” comprendido en el consentimiento, afectaría la seguridad jurídica.
- 5.4.10. Pero antes del 31 de septiembre del 2015, fecha en que se vencía el plazo de caducidad de 15 días hábiles señalado en el artículo 169 del RLCE., HERCO invita a conciliar, y estando en ello, las partes convienen, fuera de la mencionada conciliación, en suscribir el “Acta de Compromiso” de fecha 4 de noviembre de 2015.
- 5.4.11. En dicha Acta de Compromiso consta que ESSALUD se retracta no solo de su decisión de resolver el contrato, sino también de las penalidades que le da origen y sustento.
- 5.4.12. Cabe señalar que el Acta de Compromiso, es un acuerdo válido entre las partes, en el cual se conviene también que HERCO se “(...) compromete levantar las

observaciones y concluir los trabajos pendientes según la orden compra N° 4502415567 (...)."

- 5.4.13. Las partes superan la controversia dejando sin efecto la resolución del contrato y acuerdan que HERCO concluya los trabajos.
- 5.4.14. Está probado que la voluntad de ESSALUD y de HERCO, fue dejar sin efecto la resolución contractual y que se continúe con la ejecución de las prestaciones.
- 5.4.15. De no entenderse así, o existiera alguna duda sobre la eficacia de la revocación –convencional- de la resolución contractual, se estaría sosteniendo la vigencia de la resolución del contrato y la continuación del cumplimiento de la prestación de manera conjunta, lo que no es posible, pues se trataría de una figura de fraude a la ley.
- 5.4.17. Las "controversias" que surjan entre las partes, durante la ejecución del contrato, se resuelven mediante conciliación y/o arbitraje. Lo que significa, para que una de las partes solicite la aplicación de la cláusula arbitral ⁽⁵⁾, se requiere que exista una controversia sobre la que el árbitro debe resolver.
- 5.4.18. No existiendo entonces resolución contractual y por ende controversia sobre el tema, es improcedente considerar como materia del presente arbitraje todo lo relacionado con la resolución contractual y sus fundamentos, contenidos en la carta notarial N° 447-OA-D-RAHUESSAÑUD-2015 revocada.
- 5.4.19. La improcedencia señalada en el párrafo precedente debe ser establecida de oficio.
- 5.4.20. Declarada la improcedencia de las pretensiones de ESSALUD; es igualmente, infundadas las excepciones planteadas por HERCO, pues como se ha analizado, no se trata de un problema de caducidad -y menos de incompetencia arbitral-, sino de falta de controversia que haga del asunto materia arbitrable.
- 5.5. Por las consideraciones expuestas, se resolvió: PRIMERO: DECLÁRESE IMPROCEDENTE la pretensión de la ESSALUD a que se considere como punto controvertido el tema relacionado con la resolución contractual contenida en la carta notarial N° 447-OA-D-RAHUESSAÑUD-2015, de fecha 10 de septiembre de 2015, revocada y el Acta de Compromiso fecha 4 de noviembre de 2015. SEGUNDO: DECLÁRESE INFUNDADAS las excepciones de caducidad e incompetencia formuladas por la HERCO.

⁵ art. 216 RLCE

VI.- SANEAMIENTO. CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y SANEAMIENTO PROBATORIO.

6.1. Estando a las limitaciones propias de la declaratoria de Estado de Emergencia se estimó conveniente que mediante Resolución N° 12 de fecha 7 de septiembre de 2021, de conformidad con lo establecido en el numeral 8.3.18 de la DIRECTIVA, se reguló lo relacionado al saneamiento procesal, conciliación, fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio y admisión de medios probatorios, cierre de la etapa probatoria.

6.2.1. Saneamiento procesal. - De conformidad con lo establecido en el numeral 8.3.18 de la DIRECTIVA, en la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, el Árbitro Único debe resolver las oposiciones al arbitraje, objeciones a su competencia o cualquier otro aspecto que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales. En el presente caso, HERCO formuló una excepción de caducidad y una excepción de incompetencia respecto a la reconvención formulada por ESSALUD, las mismas que fueron resueltas por el árbitro único mediante la resolución N° 09, de 29 de junio de 2021, declarándolas INFUNDADAS; por lo que, no existiendo otras oposiciones, objeciones o excepciones pendiente de resolver por parte del árbitro único, el mismo declaró saneado el proceso.

6.2.2. Conciliación. –En el presente caso, HERCO presentó una propuesta conciliatoria mediante su Escrito s/n, sumillado “Se da cumplimiento a Resol. 5”, presentada con fecha 13 de noviembre de 2020, la misma que fue puesta en conocimiento de ESSALUD mediante la Resolución no. 06 de fecha 19 de enero de 2021; sin embargo, a pesar del plazo otorgado por el árbitro único, dicha parte no procedió a emitir pronunciamiento alguno por lo que mediante la Resolución no. 07 de fecha 12 de febrero de 2021, el árbitro único resolvió continuar con el arbitraje en el estado en que se encuentra.

6.2.3. Puntos controvertidos. - Teniendo presente los escritos postulatorios de las partes, el escrito de desistimiento de pretensión de HERCO, así como las propuestas remitidas por las mismas

6.2.3.1. Primer punto controvertido: Determinar si corresponde o no al árbitro único dar por aprobada la conformidad del servicio al cien (100%) por ciento, sin

LUIS A. ANGULO BUDGE
Arbitro Único
C.A.L. 6288

observaciones, y, por consecuencia, ordenar a ESSALUD el pago de la suma de S/ 32 373,68.

- 6.2.3.2. Segundo punto controvertido: Determinar si corresponde o no al árbitro único dejar sin efecto la penalidad por retraso ascendente a S/ 3.237,36 ascendente al diez (10%) por ciento del monto de EL CONTRATO.
- 6.2.3.3. Tercer punto controvertido: Determinar si corresponde o no al árbitro único dejar sin efecto el saldo deductivo ascendente a S/ 2.849,86, correspondiente a la deducción de partidas no ejecutadas, toda vez que se trata de una prestación de servicios bajo el sistema de contratación a suma alzada.
- 6.2.3.4. Cuarto punto controvertido: Determinar si corresponde o no al árbitro único ordenar el pago de los intereses legales ascendente a S/ 1, 788.84, por retraso en los pagos.
- 6.2.3.5. Quinto punto controvertido: Determinar si corresponde o no al árbitro único condenar a ESSALUD a la asunción de la totalidad de los costos y costas del presente arbitraje, o, por el contrario, determinar a qué parte le corresponde asumir los mismos, y en qué proporción.
- 6.2.3.6. Sexto punto controvertido: Determinar si corresponde o no al árbitro único declarar la invalidez y/o ineficacia el Acta de Compromiso de fecha 04 de noviembre de 2015. (No admitido por lo considerado y resuelto en la resolución N° 09 de fecha 29 de junio de 2021)
- 6.2.3.7. Séptimo punto controvertido: Determinar si corresponde o no al árbitro único el consentimiento de la resolución contractual, materializado en la Orden de Compra No. 4502415567, por acumulación de penalidades, efectuada por ESSALUD, mediante Carta Notarial No. 447-OA-D-RAHU-ESSALUD-2015 de fecha 10 de septiembre de 2015. (No admitido por lo considerado y resuelto en la resolución N° 09 de fecha 29 de junio de 2021)
- 6.2.3.8. Octavo punto controvertido: De manera subordinada al séptimo punto controvertido. Determinar si corresponde o no al árbitro único declarar que HERCO no ha concluido con el 8.72%) de sus prestaciones derivadas del contrato, materializado en la Orden de Compra No. 4502415567, valorizado en la suma de S/ 2 849,85.
- 6.2.4. Saneamiento probatorio y admisión de medios probatorios. - Atendiendo a los puntos controvertidos establecidos en el numeral VI y los escritos presentados por las partes, procede a admitir los siguientes medios probatorios: (1) Los

medios probatorios presentados por HERCO en el acápite VI de su demanda arbitral de fecha 04 de mayo de 2018, así como los presentados en su escrito de subsanación de demanda arbitral de fecha 15 de junio de 2018. (2) Los medios probatorios presentados por ESSALUD en el acápite “V. Medios probatorios” y en su acápite “IV. Medios probatorios” de su escrito de contestación de demanda y reconvencción de fecha 21 de septiembre de 2018; con excepción de la Carta No. 0139-2015-RL-HERCOSRL y la Carta 142-2015-HERCOSRL-RL de fecha 28.08.2015, las mismas que se tuvieron por no presentadas mediante resolución N° 09 de fecha 29 de junio de 2021.

6.2.5. El árbitro único declaró cerrada la etapa probatoria.

VII.- **ALEGATOS ESCRITOS E INFORMES ORALES.**

7.1. **Alegatos escritos**

7.1.1. En la misma Resolución N° 12 de fecha 7 de septiembre de 2021, epígrafe IX. Alegatos, se estimó por conveniente otorgar a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles para que cumplan con presentar sus alegatos escritos, esto de conformidad con lo establecido en el numeral 8.3.22 de LA DIRECTIVA, y, de estimarlo pertinente, solicitar la realización de la audiencia de informes orales.

7.1.2. En su escrito con sumilla “Presentación de Alegatos Finales” presentado por HERCO, con fecha 16 de septiembre 2021; reiteró los fundamentos de su contestación a la demanda.

7.1.3. En su escrito con sumilla “Presenta Alegatos-Solicita Informe Oral” presentado por ESSALUD con fecha 16 de septiembre 2021, reiteró el petitorio y fundamentos de su recurso de demanda.

7.2. **Informes orales**

7.2.1. Mediante Resolución N° 13 de fecha 21 de septiembre de 2021, se convocó a las partes a la realización de la Audiencia de informes Orales Finales para el 9 de noviembre de 2021 a las 11:00 horas mediante la plataforma Google Hangouts Meet; estableciéndose las reglas relativas a la realización de audiencias virtuales que las partes deberán observar.

LUIS A. ANGULO BUDGÉ
Abogado-Arbitro
C.A.L. 6248

7.2.2. Por parte de ESSALUD: Jorge Giancarlo Dionicio Bazán, identificado con Registro del Colegio de Abogados de La Libertad No. 9474; por parte de HERCO: Giovani Jhonny Najera Díaz, identificado con Documento Nacional de Identidad No. 40550703

VIII.- PLAZO PARA LAUDAR.

8.1. Como consta de la Resolución N° 14 de fecha 24 de noviembre de 2021, el Árbitro Único procede a declarar el cierre de la instrucción y proceder a fijar el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles, el mismo que comenzará a computarse desde el día hábil siguiente a su notificación.

IX.- CONSIDERANDO

A) Solución de controversias

(1) A través de la Resolución N° 09 de fecha 23 de junio de 2021 se resolvió las excepciones formuladas por HERCO, sobre caducidad y falta de competencia del árbitro único para resolver sobre la pretensión de ESSALUD de que se considere como punto controvertido la anulación del Acta de Compromiso de las Partes, de fecha 4 de noviembre de 2015.

(2) El análisis que se realizó en esa oportunidad, es particularmente importante ahora respecto a la decisión que debe tomarse ante las pretensiones de HERCO formuladas en su recurso de demanda; pues existe un antes y un después del Acta de Compromiso de las Partes, de fecha 4 de noviembre de 2015.

(3) En la Resolución N° 9, si bien se declaró infundadas las excepciones de caducidad y falta de competencia, se resolvió, igualmente, declarando la validez del Acta de Compromiso de las Partes, de fecha 4 de noviembre de 2015.

(4) Al suscribirse Acta de Compromiso de las Partes, de fecha 4 de noviembre de 2015 se resolvió toda controversia existente respecto a los temas conciliados. Por ellos es preciso señalar, que si en algún momento ESSALUD estimó que existía incumplimiento por parte de HERCO al extremo de originar penalidades y su decisión por resolver EL

LUIS A. ANGULO BUDGE
Abogado-Arbitro
CAL 6289

CONTRATO como consta de la Carta Notarial N° 447-OA-D-RAHU-Esdalud-2015, de fecha 10 de septiembre del 2015; dicha situación fue superada –subsanaada-, por voluntad de las partes a través del de Compromiso de las Partes, de fecha 4 de noviembre de 2015.

(5) Las dificultades y controversias que se originan durante la ejecución de un contrato, pueden ser resueltas, en principio y en cualquier momento de la vigencia del mismo, por las partes directamente, lo que será válido, más aún cuando se deja constancia del acuerdo por escrito.

(6) Cuando las partes, ante un conflicto o controversia, no logran llegar a un acuerdo entre ellas, la ley ofrece medios de solución alternativos, a través de la intervención de un tercero. La conciliación con la participación de un especialista, quien, a pesar de no tener facultad para resolver, tiene la capacidad y obligación de colaborar con las partes para llegar a una solución satisfactoria a través de lo que se denomina “fórmulas de conciliación”.

(7) Otro medio, es el arbitraje, a través del cual un árbitro, de confianza de las partes, goza de la facultad de decidir sobre la solución de la controversia, mediante un laudo.

(8) El inicio, por cualquiera de las partes de uno u otro medio de solución asistida de controversias, no impide de ninguna forma que las partes puedan llegar directamente y en forma válida, a una solución de la controversia, cuya formalización deja sin efecto –suspende o concluye- automáticamente el medio asistido –alternativo-, iniciado. Es ilustrativo, en este sentido, el literal b) del epígrafe 8.3.18 de LA DIRECTIVA cuando dice: “Invitar a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio, en caso de lograrse, total o parcialmente, se dejará constancia de ello en el Acta”. El Árbitro Único invita, en ese momento, a las partes a conciliar con el objeto de ponerle fin al arbitraje, de no lograrse, los intervinientes son conscientes que el acuerdo podía darse en cualquier estado del arbitraje.

B) Solución de controversias contenida en el Acta de Compromiso de las Partes

(9) A través del Acta de Compromiso de las Partes, de fecha 4 de noviembre de 2015, se llegó, entre otros, a los siguientes acuerdos:

- ESSALUD deja sin efecto su Carta Notarial N° 447-OA-D-RAHU-EsSALUD-2015, de fecha 10 de septiembre del 2015.
- ESSALUD deja sin efecto su Carta Notarial N° 378-2015-UAIHYS-OA-D-RAHU-EsSALUD
- HERCO se compromete levantar las observaciones y concluir los trabajos pendientes según la Orden de Compra N° 4502415567 en un plazo no mayor de 10 días calendarios computados desde día 06 de noviembre de 2015 y el cual tiene fecha de culminación el día 15 de noviembre de 2015.

LUIS AUGUSTO BUDGE
Arbitro
CAL 6299

(10) Con lo señalado se demuestra que las partes convinieron en señalar un nuevo plazo para la culminación del servicio entre el 6 y 15 de noviembre de 2015.

C) Acta de Conformidad

(11) HERCO, presenta un Informe Final de fecha 11 de marzo de 2016 y una Carta N° 032-2016-HERCOSRL-RL de 14 de abril de 2016, solicitado el Acta de Conformidad.

(12) Consta en el expediente arbitral el Acta de Conformidad de 3 de mayo de 2016; que, si bien en cuanto al periodo de ejecución del servicio, no distingue en el antes y después del Acta de Compromiso de las Partes, de fecha 4 de noviembre de 2015, y señala que EL CONTRATO, con un monto asciende a la suma de S/. 32,373.68, ha concluido satisfactoriamente en un 91.28%, en concordancia con los Términos de Referencia y las Especificaciones Técnicas requeridas, lo que origina un monto deductivo de 2,849.82, equivalente al valor de 8.72%, y por las demoras en el cumplimiento del plazo convenido en el Acta de Compromiso de las Partes, de fecha 4 de noviembre de 2015, se ha calculado una penalidad de S/. 3,237.36.

(13) El Acta de Conformidad, igual como se señaló al interpretar la naturaleza del Acta de Compromiso de las Partes, es un acuerdo de voluntades válido, al cual HERCO no formuló ninguna observación que permitiera interpretar la existencia de alguna controversia que justificara el inicio del presente arbitraje.

D) Suma Alzada

(14) Sin perjuicio de lo expuesto en los párrafos anteriores, HERCO pretende, mediante el presente arbitraje, se deje sin efecto el saldo deductivo ascendente a S/. 2,849.86, correspondiente a deducción de partidas no ejecutadas, toda vez que se trata, según HERCO, de una prestación de servicios bajo el sistema de contratación a suma alzada, pues afirma que, el objeto de EL CONTRATO, trata de una prestación de servicios bajo el sistema “suma alzada” señalando el concepto siguiente: “El postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución y se obliga a ejecutar el íntegro de los trabajos necesarios para la ejecución de las prestaciones en el plazo y por el monto ofertados en sus propuestas técnica y económica, respectivamente, que son parte del contrato y la Entidad se obliga a pagar al contratista el monto o precio ofertado en su propuesta económica. De ello se desprende, como regla general, la invariabilidad del precio pactado en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada”.

(15) El concepto del sistema es satisfactorio, pero su aplicación al caso que nos ocupa no fue oportunamente establecido por ESSALUD, se trataría sólo, entonces, de una apreciación de HERCO, pues conforme a lo dispuesto en la LCE y en el RLCE.⁽⁶⁾, las Bases de un proceso de selección deben contener obligatoriamente la definición del sistema y/o modalidad a seguir.

(16) Saldo deductivo, que HERCO declaró conforme, sin observaciones, en el Acta de Conformidad de fecha 3 de mayo de 2016.

E) Penalidades

(17) Igualmente, HERCO declaró conforme, sin observaciones, el Acta de Conformidad de fecha 3 de mayo de 2016, en la que se señala una penalidad ascendente a la suma de S/. 3,237.36. En ese sentido HERCO pretende que, a través de este arbitraje, se deje sin efecto la penalidad mencionada, equivalente al diez (10%) por ciento del monto de EL CONTRATO.

⁶ Literal e) del artículo 26 de la LCE y artículos 39 y 40 del RLCE.

(18) Es cierto que, con el Acta de Compromiso de las Partes, de fecha 4 de noviembre de 2015, se superó las controversias, incumplimientos y se dejó sin efecto las penalidades hasta esa fecha, incluso se dejó sin efecto la resolución unilateral de EL CONTRATO. Pero es igualmente cierto que, en dicho acto, HERCO se comprometió a levantar las observaciones y concluir los trabajos pendientes según la Orden de Compra N° 4502415567 en un plazo no mayor de 10 días calendarios computados desde día 06 de noviembre de 2015 y el cual tiene fecha de culminación el día 15 de noviembre de 2015 y como se dice en un momento anterior, el Informe Final fue presentado por HERCO el 11 de marzo de 2016.

(19) El artículo 48 de LCE y 165 del RLCE, regulan el tema de las “penalidades” con la que se castiga, contractualmente, al contratista en el caso de incumplimiento de su prestación esencial. La penalidad es una indemnización por daños y perjuicios. Se trata de un pacto accesorio cuyo contenido establece en forma antelada la existencia y cuantía de la eventual indemnización que la no verificación de la prestación puede originar al interés de la otra parte. La penalidad pretende, igualmente, cortar discusiones posteriores y por ello las partes convienen la pena para el caso de inejecución y/o mora, presumiendo, a favor del afectado, que será perjudicial.

(20) Ocurrido cualquiera de los hechos de incumplimiento previsto –de las obligaciones esenciales-, la pena se aplica. La inejecución y/o la mora –de la prestación objeto del contrato., equivalen a condiciones suspensivas a que se subordina la prestación de la penalidad. Para la aplicación de la penalidad no es necesario que el afectado pruebe los daños y perjuicios sufridos, solo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causas imputables al obligado.

F) Interés legal

(21) Pretende HERCO, que, en este arbitraje, se ordene el pago de interés legal, por el tiempo de demora en el pago por parte ESSALUB, del precio a lo que está obligado por EL CONTRATO y por los acuerdos a los que ha llegado las partes durante la ejecución del mismo.

LUISA ANGULO BUDGE
Abogado-Arbitro
CUI. 6288

(22) En principio HERCO ha calculado la suma de S/. 1,788.84, si señalar el período comprendido en el cálculo, por lo que hay que disponer que el interés legal debe calcularse, entre el 3 de mayo de 2016 en que se suscribe el Acta de Conformidad, hasta la fecha en que se produzca el pago de la suma que se establezca en el Laudo, o sea el monto de EL CONTRATO, deducidas las penalidades y el saldo deductivo.

(23) Existe la equivocada costumbre de relacionar como punto controvertido al interés legal –igual, por ejemplo, las costas-. Los puntos controvertidos son los temas en los que se desdobra la “controversia”; sobre los que árbitro, ante lo hechos y pruebas, tiene soberanía para otorgar y/o negar, declarando fundada o infundada la pretensión que encierra el punto controvertido; son temas propios de su competencia y decisión. El pago del precio –obligación esencial-, del contrato, es parte de la controversia; el árbitro puede ordenar –o negar- el pago; *pero en el momento que se dispone el pago, este recibe el trato y beneficios que la ley le otorga.*

(24) “...En caso de atraso en el pago por parte de la entidad..., ésta reconocerá al contratista...” el interés legal “... correspondiente...”⁽⁷⁾ .”...La tasa del interés legal es fijada por el Banco de Reserva del Perú...”⁽⁸⁾

(25) En el ámbito de la contratación regulada por la LCE, el pago de intereses es obligatorio en “caso de atraso en el pago” por encontrarse privado el acreedor de la cosa debida, de la que generalmente goza el deudor, pero la ley acotada no distingue en intereses moratorios⁽⁹⁾ o compensatorios⁽¹⁰⁾.

(26) Según la doctrina civil “El concepto del que parte la ley al establecer la obligación de abonar los intereses en mora, independientemente de la prueba del daño al acreedor, es que, si se entrega el dinero oportunamente al acreedor, es siempre apto para producir frutos, y los intereses, como sabemos, son precisamente una de las figuras de los frutos civiles. De ahí la consecuencia de que el deudor debe en cada caso los intereses moratorios como resarcimiento del daño, (frutos que faltan), que se presumen iure et de

⁷ Primer párrafo del artículo 48 de la LCE.

⁸ Artículo 1244 de Código Civil. La tasa de interés legal es fijada por el BCRP (Artículos 1242°, 1243° y 1244° del Código Civil y Artículos 51° y 52° de la Ley Orgánica del BCRP) y se aplica cuando exista la obligación de pagar interés y no se hubiese pactado la tasa (Artículo 1245° del Código Civil).

⁹ Como resarcimiento por el retardo en la satisfacción de la deuda.

¹⁰ Como retribución o rendimiento.

iure sufridos por el acreedor, por el solo hecho del retardo del deudor en la entrega de la suma- capital”

(27) Estando a lo expuesto en los párrafos precedentes, es correcto señalar que los “intereses” “...es la compensación por el dinero no percibido en su oportunidad y que por causa económica este debe generar una legítima ganancia en el tiempo...”.

X. COSTAS

(28) Tomando en consideración que no se ha acreditado la existencia de algún acuerdo previo entre las partes⁽¹¹⁾ que se pronuncie sobre el pago de costas y costos, en el presente arbitraje, corresponde al Árbitro Único decidir al respecto.

(29) El Arbitro Único considera que ambas partes HERMANOS CONTRATISTAS SERVICIOS S.R.L. – HERCO S.R.L. y por SEGURO SOCIAL DE ESSALUD – RED ASISTENCIAL HUANUCO han tenido motivos atendibles para litigar; por lo que debe disponerse que cada una de ellas asuma sus propias costas y costos derivados del presente arbitraje.

(30) Los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaria Arbitral son parte de los costos.

Epílogo

(31) Se precisa que los demás actuados que no han sido glosados, no modifican las consideraciones anteriormente expuestas, por lo que estando a los considerandos precedentes y habiéndose cumplido con todas las formalidades de ley y siendo el estado del arbitraje el de resolver la controversia planteada en autos, el Arbitro Único pasa a pronunciarse sobre la misma según lo siguiente:

LAUDA:

PRIMERO: Declarar FUNDADA, en parte, las pretensiones de HERMANOS CONTRATISTAS SERVICIOS S.R.L. – HERCO S.R.L., en el sentido que el SEGURO

¹¹ En concordancia con el artículo 69 de la Ley de Arbitraje aprobada por Decreto Legislativo N° 1071.

SOCIAL DE ESSALUD – RED ASISTENCIAL HUANUCO le pague el precio de EL CONTRATO (Orden de Compra N° 4502415567), cuyo saldo, restadas las penalidades y el monto deductivo, alcanza a la suma de S/ VEINTE Y SEIS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS y 50/100 de Nuevos Soles (S/. 26,286.50); suma sobre la que debe pagarse interés legal, que será liquidado al momento de ejecutar el presente Laudo, desde el mes de marzo de 2016 hasta la fecha que se efectúe la cancelación total de la suma de S/ VEINTE Y SEIS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS y 50/100 de Nuevos Soles (S/. 26,286.50) que se ordena pagar.

SEGUNDO: Disponer que las partes HERMANOS CONTRATISTAS SERVICIOS S.R.L. – HERCO S.R.L. y por SEGURO SOCIAL DE ESSALUD – RED ASISTENCIAL HUANUCO cubran sus propias costas y costos –honorarios de Arbitro Único y de la Secretaria Arbitral-.

Notifíquese a las partes.



LUIS ALBERTO ANGULO BUDGE

Árbitro Único